

Scambio di embrioni: errore medico e scissione delle figure genitoriali

Maria Grazia Cabitza*

EXCHANGE OF EMBRYOS: MEDICAL ERROR AND SPLIT OF PARENTAL ROLES

ABSTRACT: A famous, recent news item represents the occasion for this paper, that reflects about the problem of embryos' mix-up. Starting from the judgement that the Tribunal of Rome gave in that case, the author analyses the legal and ethical aspects of this situation, hoping that in the future both judges and the law-maker can give prevalence to the best interest of the minor.

KEYWORDS: embryos' mix-up; gametes' donation; best interest of the child; medically assisted reproduction; parental roles.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il caso – 3. Possibili scenari e inquadramento della fattispecie nell'ordinamento vigente – 4. Le implicazioni etiche e il parere del Comitato nazionale di bioetica – 5. La vicenda giudiziaria e l'ordinanza del Tribunale di Roma – 6. Possibili sviluppi nella prospettiva del preminente interesse del minore.

1. Premessa

L'evoluzione scientifica nel campo delle biotecnologie ha reso evidente l'esigenza di individuare, attraverso disposizioni normative largamente condivise e rispettose dei valori etici comuni, quei limiti all'azione dell'uomo un tempo ricavabili dalle stesse leggi naturali, in relazione alle quali ogni umano intento "modificativo" appariva nel contempo impensabile e privo di qualsiasi efficacia¹.

Inoltre, ha messo in luce l'inadeguatezza di taluni istituti giuridici, pensati e calibrati con riferimento a un substrato scientifico e sociale ormai profondamente mutato, rendendo palese, nel contempo, la necessità di una costante opera di monitoraggio e di adeguamento della disciplina giuridica, indispensabile per garantire una soddisfacente risposta dell'ordinamento all'evolversi delle relazioni interpersonali sollecitate dal progresso scientifico².

* *Magistrato con funzioni di giudice civile presso il Tribunale di Cagliari.*

¹ S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1997: «i confini dell'azione umana erano segnati da leggi naturali che escludevano o limitavano fortemente la possibilità di decisioni autonome. Oggi molti di quei confini sono stati cancellati, si valutano benefici e rischi di queste novità [...], si invocano leggi giuridiche in grado di fissare quei limiti che le leggi naturali non sono più in grado di indicare».

² A questo proposito appare utile segnalare l'intelligente soluzione individuata dal legislatore francese con le leggi in materia di bioetica. Sia gli interventi legislativi del 1994 che quelli successivi, compreso quello di cui alla legge del 2011 (loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique) attualmente in vigore, prevedono, infatti, un efficace meccanismo di revisione della disciplina positiva, a cadenze prestabilite (prima ogni 5 anni; ora, con la legge del 2011, ogni 7 anni), funzionale ad assicurare una tempestiva risposta dell'ordinamento giuridico alle mutate esigenze manifestatesi nel contesto sociale. Interessante osservare altresì come un ruolo

Nel settore della fecondazione assistita può osservarsi, in particolare, come l'accesso a nuove tecniche di procreazione un tempo impensabili abbia inciso in maniera determinante sul concetto stesso di genitorialità, mettendo in luce l'esigenza di un ripensamento del modello tradizionale, ricostruito in termini di unitarietà.

La realtà concreta evidenzia, infatti, giorno dopo giorno, come in relazione a uno stesso evento procreativo spesso sia ormai possibile l'identificazione di più figure genitoriali, non solo sul versante paterno – potendo distinguersi il padre genetico da quello sociale – ma persino sul versante materno, essendo riscontrabile, accanto a una madre genetica (colei alla quale appartengono i gameti utilizzati per la fecondazione), una madre biologica (colei che con il proprio corpo porta avanti il processo procreativo, consentendo all'embrione generato da altra donna di svilupparsi e di divenire, attraverso il parto, persona umana autonoma) e, infine, una madre sociale (colei che ha voluto il processo procreativo e che, pur non partecipando allo stesso né dal punto di vista genetico né dal punto di vista biologico, ha assunto la responsabilità genitoriale).

Intuibili i profondi mutamenti che questa scissione dell'originario concetto unitario di genitorialità ha prodotto e continuerà a produrre nell'assetto dei tradizionali rapporti familiari, come dimostrato dalla recente vicenda dell'involontario scambio di embrioni verificatosi presso l'ospedale Pertini di Roma.

2. Il caso

Due coppie con problemi di infertilità si sono rivolte all'ospedale Pertini di Roma per realizzare il proprio progetto genitoriale attraverso il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita omologa, previa creazione di embrioni *in vitro* con i gameti appartenenti rispettivamente ai componenti di ciascuna delle coppie³.

Per un errore del personale medico, gli embrioni formati col patrimonio genetico di ognuna delle coppie coinvolte sono stati impiantati nell'utero della componente femminile dell'altra coppia, e viceversa. Per una delle coppie l'impianto dell'embrione non è andato a buon fine, mentre nell'altra coppia l'intervento di procreazione assistita ha avuto successo, dando origine a una regolare gravidanza, conclusasi con il parto di due gemelli.

L'involontario scambio di embrioni non è stato rilevato nell'immediatezza, ma solo in occasione dei controlli medici effettuati nel corso della gravidanza, e, quindi, non vi è stata alcuna possibilità di porre rimedio all'errore.

attivo sia stato riservato, nel processo di revisione, all'obbligatorio intervento, attraverso il pubblico dibattito sulle questioni più controverse, della stessa società civile (i c.d. "états généraux de la bioéthique").

Quanto al nostro ordinamento, solo con la legge n. 40/2004, dopo anni di infruttuose discussioni parlamentari, è stata dettata una disciplina nel settore della procreazione medicalmente assistita. L'indispensabile adeguamento delle norme sia ai principi costituzionali che alle mutate esigenze sociali è stato reso possibile attraverso l'opera di supplenza dell'autorità giudiziaria, che ha, nel contempo, evidenziato la grave anomalia del sistema e la pressante necessità di chiari interventi legislativi.

³ All'epoca dei fatti quella omologa era l'unica forma praticabile di procreazione medicalmente assistita, essendo successiva la pronuncia n. 162/2014 della Corte costituzionale, che ha soppresso il divieto di fecondazione eterologa, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 40/2004.

Venuta a conoscenza dell'avvenuto scambio di embrioni, la gestante ha comunque deciso di portare a termine la gravidanza⁴, esprimendo altresì la chiara intenzione di assumere nei confronti dei nascituri la piena responsabilità genitoriale.

La stessa volontà ha espresso il marito della gestante (madre biologica), pur nella piena consapevolezza di non avere con i nascituri alcun legame genetico⁵.

La vicenda si è ulteriormente complicata poiché anche la coppia che ha dato inizio al processo procreativo, concorrendo in maniera esclusiva alla creazione dell'embrione erroneamente impiantato nell'utero altrui⁶, ha rivendicato il proprio diritto ad essere riconosciuta quale coppia genitoriale dei nascituri⁷.

⁴ È pacifico che la gestante avrebbe potuto legittimamente optare per l'interruzione della gravidanza, in considerazione del rischio di grave danno alla sua salute psicofisica derivante dalla consapevolezza di avere nel grembo un embrione geneticamente altrui.

⁵ Si ritiene che in conseguenza di tale specifica assunzione di responsabilità genitoriale, manifestata nella consapevolezza dell'avvenuto scambio degli embrioni, sia divenuta applicabile la norma di cui all'art. 9 della legge n. 40 del 2004, e, pertanto, siano venuti meno, per la madre gestante, la facoltà di restare anonima al momento del parto (art. 30, d.P.R. n. 396/2000), e, per il padre sociale, il diritto di proporre l'azione di disconoscimento della paternità. In mancanza di una tale chiara manifestazione di volontà, invece, la disposizione in questione non avrebbe potuto trovare applicazione, come sarà approfondito più avanti.

⁶ La drammaticità e l'assoluta peculiarità della vicenda si coglie proprio in considerazione del fatto che i soggetti coinvolti non si sono trovati nella situazione controversa in conseguenza di un volontario atto personale (come accade nei tipici casi di maternità surrogata), ma a causa di un altrui comportamento colposo. Non a caso la vicenda è stata l'occasione per riflettere anche sulle prevedibili responsabilità risarcitorie del personale medico e della struttura ospedaliera, oltre che sull'effettiva efficacia delle procedure "di sicurezza" previste e sulla conseguente necessità di introdurne di ulteriori, al fine di ridurre al massimo le, pur sempre, possibili ipotesi di errore.

⁷ Pretesa anch'essa più che legittima, essendo pacifico che l'embrione non era stato volontariamente "donato" all'altra coppia, ma era stato impiantato nel grembo di una donna terza in conseguenza di un tragico errore medico.

L'ordinamento francese, che da tempo consente la procreazione eterologa, disciplina nel dettaglio anche la peculiare forma di procreazione assistita eterologa attuata con la "donazione" dell'embrione, disponendo che, con il consenso dei genitori genetici, gli embrioni soprannumerari possano essere accolti da una coppia terza affetta da problemi di fertilità. In particolare, l'art. L. 2141-6 code de la santé publique, nella versione modificata dalla legge n. 2011-814 del 7 luglio 2011, prevede:

«Un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 2141-2 peut accueillir un embryon lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, y renonce.

L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique. L'autorisation d'accueil est délivrée pour une durée de trois ans renouvelable.

Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives.

Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon.

Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon.

L'accueil de l'embryon est subordonné à des règles de sécurité sanitaire. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies infectieuses.

3. Possibili scenari e inquadramento della fattispecie nell'ordinamento vigente

L'individuazione della disciplina applicabile è problematica poiché, da un lato, non esiste nel nostro ordinamento una specifica disposizione che espressamente preveda la fattispecie in esame⁸ e, dall'altro, perché la stessa si caratterizza per peculiarità tali da far dubitare della legittimità di una applicazione analogica delle norme vigenti.

La fattispecie, in particolare, pur condividendone alcuni aspetti di non secondaria importanza, non è pienamente assimilabile all'ipotesi della fecondazione eterologa attuata con impianto nell'utero di altra donna dell'embrione ottenuto con i gameti della coppia di genitori intenzionali (c.d. maternità surrogata)⁹.

Seuls les établissements publics ou privés à but non lucratif autorisés à cet effet peuvent conserver les embryons destinés à être accueillis et mettre en oeuvre la procédure d'accueil».

Dal punto di vista dei "donatori", l'art. L. 2141-5 code de la santé publique, dispone:

«Les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-6.

En cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-6».

Interessante notare come la stessa terminologia utilizzata («accueil d'embryon par un couple tiers»), richiamando il concetto di "accoglienza" piuttosto che quello di "donazione", voglia sottolineare la diversità della fattispecie da quella limitrofa della donazione di gameti, a conferma della convinzione che l'embrione, a differenza di questi ultimi, non sia una *res* ma piuttosto un'entità già capace di dare origine a una nuova vita umana.

Quanto al nostro ordinamento, venuto meno il divieto di fecondazione eterologa in seguito alla pronuncia della Corte costituzionale n. 162/2014, è auspicabile che migliore fortuna trovino quelle iniziative parlamentari volte all'introduzione di un sistema simile: sistema che, da un lato, assicurerebbe una *chance* di vita a tutti gli embrioni soprannumerari che, per essere venuto meno l'intento procreativo che ne aveva determinato la creazione, si trovano in "stato di abbandono" e sono destinati alla estinzione, e, dall'altro, darebbe attuazione, anche per tale via, alla *ratio* indicata a fondamento della stessa legge n. 40/2004, che all'art. 1 specifica come la finalità perseguita sia «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana».

⁸ Il nostro ordinamento prevede, infatti, una specifica disciplina giuridica unicamente in relazione alla contigua fattispecie della supposizione di parto o della sostituzione di neonato (artt. 239 e 240 c.c., nella versione risultante dalla modifica introdotta con il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, entrata in vigore dal 7 febbraio 2014), caratterizzata peraltro da peculiarità tali da non consentire un'applicazione analogica al caso in esame. Sarebbe pertanto auspicabile, dato il sempre più frequente ricorso alle tecniche di procreazione assistita, e il conseguente aumento delle possibilità di errore, un intervento normativo che preveda espressamente quali conseguenze derivino in relazione ai rapporti di filiazione nel caso di erroneo scambio di embrioni o di gameti.

⁹ Con l'espressione "maternità surrogata" o "maternità per conto terzi" si indicano quelle forme di fecondazione eterologa che si caratterizzano per l'intervento nel processo procreativo di una donna estranea alla coppia di genitori intenzionali (solitamente ma non necessariamente anche genitori genetici), la quale porterà avanti la gestazione sino al parto ma che, restando nell'anonimato, si impegna a non frapponere alcun ostacolo affinché la suddetta coppia possa effettivamente assumere nei confronti del nato la responsabilità genitoriale.

Nell'ambito della gestazione per conto terzi, o maternità surrogata, occorre peraltro tenere ben distinte due diverse situazioni: quella in cui la donna estranea alla coppia accetti non solo di portare avanti la gestazione ma anche di partecipare alla procreazione con il proprio patrimonio genetico, acconsentendo che i propri ovuli siano fecondati con i gameti del marito o compagno della donna sterile; quella in cui la donna terza accetti di portare nel suo grembo l'embrione fecondato in vitro con i gameti della coppia di genitori intenzionali,

Il caso verificatosi presso l'ospedale Pertini di Roma, infatti, non rientra nel suddetto paradigma poiché mancava, al momento del ricorso all'intervento di procreazione assistita, il requisito fondamentale del consenso della gestante (madre biologica) ad accogliere nel proprio grembo un embrione appartenente geneticamente ad altri, avendo la stessa, in quel momento, espresso il suo consenso unicamente per una procreazione assistita di tipo omologo.

Ugualmente la vicenda non può essere inquadrata nello schema della donazione di gameti¹⁰ o della donazione dell'embrione¹¹, poiché mancava (e tuttora manca) il requisito qualificante del consenso dei genitori genetici alla "donazione".

Dal fatto che entrambe le coppie avessero inizialmente prestato il proprio consenso per una procreazione assistita di tipo omologo¹² (e prescindendo, per il momento, dal considerare che, dopo la scoperta dell'errore, entrambe le coppie hanno espresso ulteriori e diverse volontà, manifestando l'intenzione di voler comunque assumere la responsabilità genitoriale nei confronti dei nascituri), derivava la dubbia applicabilità al caso in esame dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004¹³, pensato per la

nell'ipotesi in cui i problemi di sterilità consistano unicamente nell'impossibilità per il membro femminile della stessa a portare a termine la gravidanza. Nel primo caso, il nascituro appartiene pienamente sia dal punto di vista genetico che dal punto di vista biologico alla donna, estranea alla coppia di genitori intenzionali, che porterà avanti la gestazione; nel secondo caso, invece, si verifica una dissociazione tra la madre intenzionale, che il più delle volte è anche – ma non necessariamente – madre genetica e colei che accoglie nel suo grembo l'embrione e porta avanti la gravidanza sino al parto.

In Francia la prima fattispecie è indicata con l'espressione *mère de substitution*, oppure *maternité pour autrui*; la seconda con l'espressione *mère porteuse*, terminologia che bene esprime le peculiarità di ciascuna delle due ipotesi.

¹⁰ Vietata in Italia sino alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 162/2014.

¹¹ Esplicitamente prevista da altri ordinamenti, tra cui quello francese, come accennato nelle precedenti note.

In Italia, sono state presentate diverse iniziative parlamentari in materia. Tra le altre, si segnala la proposta di legge Palagiano e altri, A.C. 2058, presentata il 12 gennaio 2009; la proposta di legge Farina Coscioni e altri, A.C. 4308, presentata il 22 aprile 2011; la proposta di legge Bocciardo, A.C. 4800, presentata il 25 novembre 2011; la proposta di legge Laura Molteni e Rondini, A.C. 4831, presentata il 6 dicembre 2011.

Di rilevante interesse, infine, il parere espresso dal Comitato nazionale di bioetica nel 2005 (*L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita*).

¹² E la conseguente non riconducibilità alla loro volontà della procreazione di tipo eterologo venutasi di fatto a determinare in conseguenza dell'errore altrui.

¹³ Il legislatore italiano, pur nell'ambito di un contesto normativo che vietava ogni forma di procreazione eterologa (compresa quella maggiormente discussa della maternità surrogata) ha previsto, in ogni caso, nell'interesse dei nascituri, una apposita disciplina per l'ipotesi di (volontaria) violazione del divieto.

L'art. 9 della legge 40 del 2004, infatti, dispone: «1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. 2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi».

disciplina di quelle ipotesi di volontaria procreazione eterologa verificatesi nonostante il divieto previsto dalla legge (il generale divieto di procreazione eterologa è stato ormai soppresso in seguito alla recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 162/2014, che però non ha inciso sull'eterologa attuata nelle forme della maternità surrogata, ancora illecita in base al disposto del sesto comma dell'art. 12 della legge n. 40/2004)¹⁴.

Partendo da tale presupposto, si sarebbero potuti verificare i seguenti scenari: la gestante, pur madre in base al disposto di cui all'art. 269 c.c.¹⁵, avrebbe potuto ottenere di non essere nominata al momento del parto, in applicazione della disposizione di cui all'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396¹⁶; dall'anonimato della partoriente sarebbe derivata l'inoperatività della presunzio-

La norma in questione, anche dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 162/2014, trova ancora applicazione con riferimento alle ipotesi di maternità surrogata, illecita in base alla disposizione di cui all'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004.

Una disciplina analoga a quella dettata dall'art. 9 della legge n. 40/2004 è prevista anche dal codice civile francese (art. 311-20 code civil).

¹⁴ Di contrario avviso, C. SALAZAR, *Mater semper certa? Una risposta difficile (Riflettendo sul caso di scambio di embrioni)*, in www.confrofronticostituzionali.eu (5 maggio 2014), che ritiene applicabile la disposizione di cui all'art. 9 legge 40/2004 anche nelle ipotesi in cui non sussista un accordo «tra coppia committente e coppia inseminata», con la conseguenza che «nel momento del parto, la donna che darà alla luce i gemelli non potrà evitare di essere qualificata come loro madre negli atti dello stato civile». Ugualmente A. RUGGERI, *Fecondazione involontariamente eterologa per scambio di provette: di chi il figlio?*, in www.confrofronticostituzionali.eu (5 maggio 2014), che, peraltro, pur esprimendosi in senso favorevole alla portata generale della norma, riconosce che «il disposto legislativo in parola presuppone il carattere volontario della sottoposizione della donna al trattamento sanitario mirante alla gravidanza, mentre nel nostro caso la fecondazione si è involontariamente commutata da omologa in eterologa per effetto del maldestro scambio delle provette».

¹⁵ Il terzo comma dell'art. 269 c.c. dispone che «[l]a maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

¹⁶ La disposizione in questione prevede, infatti: «[l]a dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata».

In Europa il diritto della madre a mantenere l'anonimato è previsto anche dalla Francia e dal Lussemburgo, e trova fondamento nell'esigenza di salvaguardare la stessa salute della gestante e del nascituro, evitando che la donna che non voglia riconoscere il proprio figlio partorisca clandestinamente e in condizioni sanitarie precarie, ponendo così in pericolo la sua stessa vita e quella del neonato. Peraltro, questo diritto si pone in contrasto con il diritto della persona a conoscere le proprie origini, anch'esso di rango costituzionale.

La Corte europea dei diritti dell'uomo (*causa Godelli c. Italia*) con la pronuncia del 25 settembre 2012 ha condannato l'Italia, ritenendo la disciplina sull'anonimato della partoriente in contrasto con l'art. 8 della CEDU, poiché non assicurerebbe un giusto equilibrio tra il diritto della donna a restare anonima e quello del figlio a conoscere le proprie origini. In particolare la Corte ha ricordato «che la scelta delle misure idonee a garantire il rispetto dell'articolo 8 della Convenzione nei rapporti interpersonali rientra in linea di principio nel margine di discrezionalità degli Stati contraenti. Esistono a tale proposito vari modi di assicurare il rispetto della vita privata e la natura dell'obbligo dello Stato dipende dall'aspetto della vita privata che viene messo in discussione [...]. L'ampiezza di tale margine di discrezionalità dello Stato dipende non solo dal o dai diritti interessati ma anche, per ciascun diritto, dalla natura stessa di ciò che viene messo in causa. La Corte considera il diritto all'identità, da cui deriva il diritto di conoscere la propria ascendenza, come parte integrante della nozione di vita privata. In tal caso, è necessario un esame ancora più approfondito per valutare gli interessi concorrenti».

Ha poi ulteriormente osservato «che, a differenza del sistema francese esaminato nella sentenza Odièvre, la normativa italiana non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa. In

ne di paternità in capo al marito della stessa, stabilità dall'art. 231 c.c., e, conseguentemente, i genitori genetici avrebbero potuto essere riconosciuti tali, fornendo la prova, nel procedimento per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, della riconducibilità genetica dei nati (art. 269 c.c.)¹⁷, non potendo neppure trovare applicazione l'art. 253 c.c., il quale prevede l'inammissibilità di un riconoscimento della paternità in contrasto con lo stato di figlio in cui la persona si trovi.

Infine, la non riconducibilità dell'avvenuto impianto dell'embrione nell'utero di una donna terza a un atto volontario dei soggetti coinvolti avrebbe precluso, come già accennato prima, la riconducibilità della vicenda all'ipotesi prevista dal terzo comma dell'art. 9, legge n. 40 del 2004, il quale, per il caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto sancito dalla legge (ancora operante con riferimento alle ipotesi di maternità surrogata), prevede che «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi»¹⁸.

Pertanto, la drammaticità della vicenda si è manifestata in tutta la sua evidenza allorché entrambe le coppie hanno dichiarato, pur nella consapevolezza dell'avvenuto scambio di embrioni, di voler assumere il ruolo e la responsabilità genitoriale nei confronti dei nascituri, in tal modo affiancando un nuovo e mutato consenso a quello inizialmente manifestato all'inizio del processo procreativo.

Prendendo le mosse da questo ineludibile dato di fatto, e ragionando sulla base delle mere disposizioni vigenti, appaiono plausibili, a una prima lettura, le seguenti ipotesi:

- a) che la gestante possa acquisire, quale conseguenza dell'evento del parto, la qualità di madre (art. 269, comma 3, c.c.);

assenza di meccanismi destinati a bilanciare il diritto della ricorrente a conoscere le proprie origini con i diritti e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato, viene inevitabilmente data una preferenza incondizionata a questi ultimi. Pertanto, nella sentenza Odièvre la Corte osserva che la nuova legge del 22 gennaio 2002 aumenta la possibilità di revocare il segreto dell'identità e agevola la ricerca delle origini biologiche grazie alla creazione di un Consiglio nazionale per l'accesso alle origini personali. Di immediata applicazione, essa permette ormai alle persone interessate di chiedere la reversibilità del segreto dell'identità della madre, a condizione che quest'ultima vi acconsenta [...], nonché di avere accesso a informazioni non identificative. In Italia, il progetto di legge di riforma della legge n. 184/1983 è a tutt'oggi all'esame del Parlamento dal 2008».

Anche la nostra Corte costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2013, pur ribadendo la necessità di mantenere la facoltà per la gestante di restare anonima, quale misura utile per la salvaguardia della vita e della salute della madre e dello stesso nascituro, sottolinea come la disciplina positiva risulti troppo rigida poiché, contrariamente a quella francese, già richiamata dalla Corte EDU, cristallizza la scelta effettuata al momento del parto, senza previsione di alcun correttivo. La Consulta pertanto ha dichiarato l'incostituzionalità parziale dell'art. 28 comma 7 della legge n. 184/1983, come sostituito dall'art. 177 comma 2 del d.lgs. n. 196/2003, nella parte in cui non prevedeva «attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre, che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile) su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione».

¹⁷ Il secondo comma dell'art. 269 c.c. prevede che la prova, ai fini del riconoscimento della paternità e della maternità, possa essere data con ogni mezzo; non vi è dubbio, pertanto, che l'accertamento genetico possa costituire prova idonea a dimostrare la sussistenza del rapporto genitoriale.

¹⁸ Come già detto, i genitori genetici non hanno posto in essere alcun atto di donazione dei propri gameti o dell'embrione creato con il proprio patrimonio genetico, avendo manifestato l'opposta volontà di procedere ad atti di procreazione assistita di tipo omologo.

- b) che il marito della madre biologica, a sua volta, essendo nati i figli in costanza di matrimonio, possa acquistare la qualità di padre, in virtù della presunzione stabilita dall'art. 231 c.c.;
- c) che i genitori genetici non possano esercitare l'azione volta alla contestazione dello *status* acquisito dai minori, e poi agire per il riconoscimento della paternità e della maternità, essendo ostativo il combinato disposto di cui agli articoli 239, 240 e 253 c.c., che stabiliscono che lo stato di figlio possa essere contestato solo nel caso di supposizione di parto o di sostituzione di neonato¹⁹.

Lasciando per il momento in sospenso la questione se detta ricostruzione dei rapporti di filiazione, derivante dalla immediata applicazione delle disposizioni appena richiamate, offra una soddisfacente soluzione del conflitto alla luce dei principi costituzionali, ci si può chiedere se dall'ordinamento vigente possa comunque ricavarsi, eventualmente attraverso un'interpretazione estensiva o analogica, una diversa soluzione, e cioè una soluzione che veda prevalere i genitori genetici.

A tale proposito, va riconosciuto che non è individuabile, al momento, una norma sulla quale fondare un supposto obbligo della madre biologica di consegnare i bambini ai genitori genetici, ostandovi, in primo luogo, lo *status* acquisito dai minori al momento della nascita.

Appare evidente, inoltre, l'impossibilità, in considerazione delle specifiche caratteristiche della fattispecie, di procedere a una applicazione in via analogica dell'art. 240 c.c., il quale consente di porre in discussione le risultanze dell'atto di nascita (che indicano come madre colei che ha partorito, e come padre il marito di quest'ultima) unicamente in caso di supposizione di parto o di sostituzione di neonato, prevedendo che solo in tali ipotesi possa essere data «la prova della filiazione anche a mezzo di testimoni, nei limiti e secondo le regole dell'art. 241»²⁰.

Nella vicenda in esame, infatti, un parto si è effettivamente verificato e lo scambio è avvenuto non in relazione a persone già venute a esistenza e, quindi, capaci di vita autonoma, ma quando la vita era ancora *in fieri* e necessitava, per il suo regolare sviluppo, del grembo materno. Tale fondamentale elemento di distinzione porta ad escludere la ammissibilità di una applicazione analogica delle disposizioni appena richiamate²¹.

Non va trascurato, inoltre, che la mancata valorizzazione dei legami fondamentali di natura biologica e psichica che si instaurano tra nascituro e gestante durante il lungo periodo della gestazione, e che danno fondamento alla evidente peculiarità del caso, non solo potrebbe risultare in contrasto con i principi che disciplinano l'applicazione analogica della legge, ma potrebbe altresì rivelarsi in contrasto con lo stesso preminente interesse dei nascituri alla vita, potendo porre in pericolo le stesse aspettative di vita dell'embrione, strettamente dipendenti dalle scelte della gestante.

¹⁹ L'art. 240 c.c. dispone che «[l]o stato di figlio può essere contestato nei casi di cui al primo e secondo comma dell'articolo 239». L'art. 239 c.c., a sua volta, stabilisce: «1. Qualora si tratti di supposizione di parto o di sostituzione di neonato, ancorché vi sia un atto di nascita conforme al possesso di stato, il figlio può reclamare uno stato diverso, dando la prova della filiazione anche a mezzo di testimoni nei limiti e secondo le regole dell'articolo 241. 2. Parimenti si può contestare la legittimità del figlio dando anche a mezzo di testimoni, nei limiti e secondo le regole sopra indicati, la prova della supposizione o della sostituzione predette». L'art. 253 c.c. dispone, infine, che «[i]n nessun caso è ammesso un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio in cui la persona si trova».

²⁰ L'art. 241 c.c. prevede che «[q]uando mancano l'atto di nascita e il possesso di stato la prova della filiazione può darsi in giudizio con ogni mezzo».

²¹ Sul punto, peraltro, taluni giuristi hanno espresso posizioni differenti, propendendo per l'applicabilità estensiva o analogica della disposizione.

A quest'ultima, infatti, non potrebbe certo essere negata la facoltà di optare, a tutela della propria salute, per l'interruzione di quella peculiare gravidanza, frutto della colpevole condotta di terzi, non potendo dubitarsi che l'integrità psicofisica della gestante possa subire un pregiudizio dall'esperienza traumatica di portare nel grembo un embrione geneticamente altrui e di dover dare alla luce un figlio nella prospettiva di dovervi poi rinunciare per adempiere un obbligo di legge.

Pertanto, vi è da osservare che, proprio in ragione della assoluta singolarità della fattispecie, ciascuna delle soluzioni prospettabili sulla base delle norme vigenti – che, come già detto, non si attagliano perfettamente al caso in ragione delle sue specificità – dev'essere adeguatamente valutata alla luce dei principi costituzionali e, in particolare, alla luce del preminente interesse del minore, come opportunamente sottolineato dal Comitato nazionale di bioetica nel parere reso l'11 luglio 2014.

4. Le implicazioni etiche e il parere del Comitato nazionale di bioetica

La vicenda è stata immediatamente portata all'attenzione del Comitato nazionale di bioetica²², che si è pronunciato con parere reso l'11 luglio 2014.

Con tale pronuncia il Comitato ha volutamente omesso di indicare quale delle due coppie dovesse essere preferita dal punto di vista etico, limitandosi a raccomandare alcuni irrinunciabili criteri da seguire per la composizione degli interessi in conflitto.

Il Comitato, dopo aver esaminato le ragioni in favore dell'una o dell'altra coppia di genitori, è giunto alla conclusione che «[t]utti gli argomenti esaminati a favore o della madre gestante o di quella genetica e del padre genetico e di quello sociale/legale appaiono ragionevoli sotto l'aspetto etico. [...] Pertanto, il Comitato ritiene in questa vicenda di scambio involontario di embrioni di non esprimere una "preferenza" bioetica in merito alla prevalenza delle une o delle altre possibili figure genitoriali, nella consapevolezza che qualsiasi sia la situazione in cui i bambini cresceranno, il dilemma etico resterà aperto».

Riconosciuta dunque la legittimità, nel caso di specie, della «pluralità delle posizioni bioetiche in merito alla maternità e alla paternità», il Comitato ha evidenziato come, piuttosto, il bilanciamento dei relevantissimi interessi in gioco dovesse essere individuato prendendo le mosse da una diversa prospettiva, quella dell'interesse dei futuri nati, da porre «in una posizione di preminenza rispetto a interessi e diritti riconosciuti ai genitori», in sintonia con i riferimenti normativi e giurisprudenziali in materia, che evidenziano «un complesso di garanzie inviolabili e non negoziabili del minore da collegare nell'ambito dei diritti della personalità».

Poste tali premesse, il Comitato ha concluso indicando, in particolare, la necessità di assicurare ai minori «due figure genitoriali certe di riferimento, con piena titolarità di responsabilità giuridiche e in condizione di esercitare il diritto di scegliere con consapevolezza e autorevolezza ciò che ritengono essere il meglio per i propri figli», ma nel contempo ha evidenziato l'esigenza di evitare l'esclusione dell'altra coppia «dalla vita dei nati», essendo fondamentale per il sereno ed equilibrato sviluppo dei minori, l'instaurazione di «un rapporto significativo con coloro che hanno dato loro la vita (in modo

²² Il Comitato nazionale per la bioetica, istituito con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri il 28 marzo 1990, svolge, come è noto, funzioni di consulenza presso il Governo, il Parlamento e le altre istituzioni pubbliche nazionali, esprimendo pareri sui problemi etici sollevati dal continuo progredire delle scienze.

genetico o gestazionale)», finalità quest'ultima da perseguire utilizzando, eventualmente, tutti gli strumenti giuridici idonei a tutelare i minori «a fronte di comportamenti escludenti per loro pregiudizievoli posti in essere da un nucleo familiare nel rapporto con l'altro, per esempio prevedendo un "diritto di visita"».

Di grande rilevanza è altresì il passaggio con il quale il Comitato ha ricordato il «diritto del nato a conoscere la verità del proprio concepimento e della propria ascendenza biologica nei suoi aspetti generali», e il corrispondente dovere dei genitori con cui i nati vivranno di «rivelare ai figli la verità sulle modalità del loro concepimento», particolarmente significativo nel caso in esame.

5. La vicenda giudiziaria e l'ordinanza del Tribunale di Roma

I genitori genetici dei gemelli nati in seguito all'involontario scambio di embrioni, con ricorso proposto davanti al Tribunale di Roma ai sensi dell'art. 700 c.p.c., hanno chiesto che fosse ordinato al Ministero dell'interno di diffidare tutti gli ufficiali dello stato civile presso le anagrafi italiane dal formare l'atto di nascita dei due gemelli indicando quali genitori la partoriente e il marito di quest'ultima, essendo tale indicazione in contrasto con le risultanze genetiche, che incontestabilmente dimostravano il rapporto biologico di filiazione tra i nascituri e i resistenti. Hanno chiesto, inoltre, che fosse ordinata in loro favore la consegna dei neonati, o, in via subordinata, che fosse disposta in loro favore la facoltà di visita e di frequentazione idonea a garantire, nell'immediatezza, l'instaurazione con gli stessi di un rapporto significativo.

In via pregiudiziale hanno altresì chiesto che il Tribunale, qualora lo avesse ritenuto indispensabile per l'accoglimento della domanda cautelare, procedesse a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 269 c.c. nella parte in cui prevede, senza indicare alcuna eccezione, che la madre sia sempre colei che partorisce il figlio, così consentendo che detto automatico effetto giuridico si ricollegli al mero evento del parto anche nelle ipotesi in cui il figlio sia geneticamente di altra donna; dell'art. 239, comma 1, c.c., nella parte in cui prevede la possibilità di reclamare (e di contestare ex art. 240 c.c.) lo stato di figlio solo in caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato, così implicitamente escludendo detta facoltà nell'ipotesi in cui lo scambio abbia avuto a oggetto gli embrioni, come accaduto nel caso di specie; dell'art. 243-bis c.c., nella parte in cui viene riconosciuta, per i figli nati in costanza di matrimonio²³, la legittimazione a proporre l'azione di disconoscimento di paternità unicamente in capo al marito, alla moglie e al figlio²⁴, così fissando una disciplina diversa da

²³ Gli scenari sarebbero stati del tutto diversi se tra la donna gestante e il suo *partner* non vi fosse stato il vincolo del matrimonio, ma unicamente una stabile convivenza *more uxorio* (presupposto anch'esso legittimante il ricorso alla procreazione assistita). In tale ipotesi, infatti, non sarebbe scattata la presunzione di cui all'art. 231 c.c. e il padre genetico non avrebbe avuto alcun ostacolo per l'accertamento del rapporto di filiazione fornendo la prova attraverso i risultati dei già espletati accertamenti genetici.

²⁴ La legittimazione per proporre l'azione di disconoscimento della paternità è riservata, qualora il figlio sia stato concepito o sia nato in costanza di matrimonio (per i quali vale la presunzione secondo cui padre è il marito della donna che ha partorito) unicamente al marito, alla moglie e al figlio (con termini di decadenza di 5 anni per i coniugi e con specifica indicazione di imprescrittibilità per il figlio). Prevede, invece l'art. 263 c.c. (Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità): «Il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse». L'azione è imprescrittibile riguardo al figlio. L'azione di impugnazione da parte dell'autore del

quella prevista dall'art. 263 c.c., il quale dispone, invece, che l'azione per l'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità possa essere proposta da chiunque vi abbia interesse.

Hanno infine precisato i ricorrenti che la cautela richiesta era funzionale ad assicurare gli effetti del proponendo giudizio di merito, volto all'accertamento, in loro favore, della paternità e maternità naturale, previa dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme prima indicate nella parte in cui, per i figli nati in costanza di matrimonio, impediscono l'esercizio delle azioni dirette a far prevalere la verità (genetica) sull'apparenza, se non nei ristretti limiti di cui agli articoli 239 e 240 c.c. (supposizione di parto o scambio di neonati), senza prevedere detta possibilità anche nell'ipotesi in cui al momento della nascita già sia evidente che i nati provengono geneticamente da genitori diversi da quelli legali.

Nel costituirsi in giudizio l'altra coppia genitoriale si è opposta alla domanda, deducendo che, in seguito al parto, avvenuto il 3 agosto 2014, i neonati avevano legittimamente acquistato lo *status* di figli di colei che li aveva messi al mondo; da tale *status* era poi conseguito l'automatico riconoscimento, in capo al marito della gestante, della qualità di padre, in conformità a quanto previsto dalle disposizioni vigenti, tutte perfettamente rispondenti, anche nel caso di specie, alla piena soddisfazione dell'interesse fondamentale dei figli a mantenere il legame con la madre che li aveva fatti nascere.

Il Pubblico Ministero, intervenuto nel procedimento, ha sollecitato il rigetto del ricorso, deducendo a fondamento delle proprie conclusioni l'interesse dei minori a non essere separati dalla madre biologica, da individuarsi, sulla base del disposto di cui all'art. 269, comma 3, c.c., in colei che aveva partorito.

Il Tribunale, ritenuta la manifesta infondatezza e la non rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai genitori genetici a fondamento del ricorso, ha rigettato la domanda cautelare. In primo luogo il giudice, all'esito di una compiuta ricognizione delle disposizioni del codice civile regolanti i rapporti di filiazione e delle modifiche di recente introdotte con il d.lgs. n. 154 del 2013, pone in evidenza come il nostro ordinamento giuridico, anche all'esito di quelle recentissime modifiche, abbia mantenuto, confermandolo, il principio cardine secondo il quale alla base della maternità vi è l'evento storico del parto.

Nell'ordinanza si osserva, inoltre, come detto principio, pur introdotto in un'epoca in cui non era ancora del tutto chiaro che la maternità potesse scindersi tra una madre biologica e una madre genetica, sia stato dal legislatore del 2013 consapevolmente ritenuto ancora adeguato per la regolamentazione dei rapporti di filiazione sul versante materno, anche in un contesto sociale caratterizzato dalla

riconoscimento deve essere proposta nel termine di un anno che decorre dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Se l'autore del riconoscimento prova di aver ignorato la propria impotenza al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza; nello stesso termine, la madre che abbia effettuato il riconoscimento è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre. L'azione non può essere comunque proposta oltre cinque anni dall'annotazione del riconoscimento. L'azione di impugnazione da parte degli altri legittimati deve essere proposta nel termine di cinque anni che decorrono dal giorno dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Si applica l'articolo 245».

comprovata possibilità scientifica di ricorrere a ipotesi di procreazione eterologa implicanti necessariamente, in talune ipotesi, detta distinzione tra i due aspetti della maternità²⁵.

Dall'applicazione delle norme in questione conseguirebbe un risultato perfettamente rispondente all'interesse dei minori, dato che «la letteratura scientifica è unanime nell'indicare come sia proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre»; e che d'altro canto «è solo la madre uterina che può provvedere all'allattamento al seno del bambino»²⁶.

Inoltre, si afferma nell'ordinanza che non sarebbe auspicabile la decisione inversa, poiché, se si riconoscesse la prevalenza della madre genetica, nella prospettiva che la stessa sia più funzionale alla miglior tutela del minore, e si ritenesse, conseguentemente, rilevante la questione di costituzionalità sollevata con riferimento alle vigenti norme, che escludono una tale possibilità, «si attribuirebbe legittimità giuridica ad una coattiva maternità di sostituzione, con la rinuncia imposta ad un figlio che pure la madre biologica ha condotto alla vita. Soluzione che è totalmente inconciliabile con il diritto della donna che ospita il feto all'intangibilità del suo corpo e, pertanto, ad assumere ogni decisione in ordine alla sua gravidanza, nonché gravemente lesiva della dignità umana della gestante»²⁷.

Passando a esaminare i profili riguardanti la paternità, il Tribunale di Roma rileva come con la riforma del 2013 sia stata confermata anche la presunzione secondo la quale il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio, e come, quindi, risulti ribadita la scelta di fondo in base alla quale «la tutela del diritto allo status ed all'identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità genetica»²⁸.

Ulteriore espressione di una tale opzione di fondo sarebbero inoltre, da un lato, le norme che dispongono che il padre genetico non possa contestare lo *status* di colui che risulti figlio di altra persona (il marito della donna gestante) se non nei ristretti limiti di cui agli articoli 239 e 240 c.c., in base ai quali detta possibilità è riconosciuta unicamente in caso di sostituzione di neonato o supposizione di parto; e, dall'altro, le nuove disposizioni introdotte per la disciplina delle azioni di disconoscimento di

²⁵ Va ricordato che, nonostante la nota pronuncia della Corte costituzionale, resta vietato il ricorso alla maternità surrogata (art. 12, comma 6, legge n. 40/2004).

Appare peraltro utile segnalare che, con riferimento al problema della trascrivibilità dei certificati attestanti lo status di filiazione in relazione a figli nati in seguito a procreazione assistita attuata con le modalità della maternità surrogata nei Paesi in cui detta modalità è espressamente prevista o comunque non è vietata, si è espressa di recente la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, con la decisione del 26 giugno 2014, n. 65941/11, sul presupposto che il diniego opposto dall'ufficiale dello stato civile in ordine alla trascrizione della suddetta certificazione comportava una violazione del diritto del minore al rispetto della sua vita privata, ha condannato la Francia per la violazione dell'art. 8 della Convenzione per i diritti dell'uomo. In particolare, la Corte ha chiarito: «Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 54 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant».

²⁶ Trib. Roma, ordinanza 8 agosto 2014.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, che prevedono un termine di decadenza di cinque anni, oltre il quale è definitivamente precluso il loro esercizio.

Tutte le disposizioni richiamate, finalizzate alla tutela del minore alla stabilità del rapporto di filiazione e alla conservazione dei legami familiari e di affetti che ne fondano l'identità, anche a discapito della verità biologica, sarebbero idonee, secondo il giudice romano, a giustificare, anche nel caso di specie, la prevalenza del padre sociale (il marito della partorientente) sul padre genetico. Né in relazione alle stesse potrebbe porsi un problema di illegittimità costituzionale, risultando dette norme conformi alla salvaguardia del preminente interesse degli stessi figli, così come specificato dalla giurisprudenza sia nazionale che internazionale, che ha costantemente individuato il criterio guida ponendo l'accento «non sul dato genetico del rapporto di filiazione o su un eventuale diritto dei genitori genetici, ma sul diritto del minore a mantenere il legame familiare consolidatosi nel tempo»²⁹.

Sul presupposto, dunque, che le norme vigenti siano idonee ad assicurare una soddisfacente tutela dell'interesse primario dei minori, il giudice romano, previa dichiarazione della manifesta infondatezza e irrilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata dai genitori genetici, ha rigettato la domanda cautelare proposta, riscontrando l'insussistenza del *fumus boni iuris* posto a fondamento del ricorso.

6. Possibili sviluppi nella prospettiva del preminente interesse del minore

L'ordinanza del Tribunale di Roma individua giustamente la composizione del conflitto nell'ottica della prevalenza dell'interesse del minore, riscontrando in relazione a detto interesse una sostanziale coerenza delle disposizioni vigenti, non suscettibili, pertanto, di essere sottoposte allo scrutinio della Corte costituzionale.

L'aspetto decisivo è dunque chiarire quale sia, nel caso in esame, il preminente interesse dei minori, individuato dal giudice romano nell'interesse a non essere separati dalla madre biologica e a mantenere i legami già esistenti con entrambi i residenti, come garantito dall'ordinamento vigente.

Come già detto, con riferimento alle posizioni conflittuali sul versante della maternità, il giudice capitolino, ritenuta la piena corrispondenza tra le disposizioni in vigore, che fondano il rapporto tra madre e figlio sull'evento del parto, e la tutela del preminente interesse dei minori, ha rigettato la domanda cautelare dei ricorrenti volta alla separazione dei neonati dalla madre che li aveva appena dati alla luce.

L'individuata prevalenza della madre biologica rappresenta una soluzione ragionevole e, pur considerata la drammaticità della vicenda e il rispetto per la contrapposta posizione della madre genetica, sotto molti aspetti da condividere, proprio in considerazione del preminente interesse dei minori.

Non può, infatti, dubitarsi dell'esistenza, già prima della nascita, di un intenso rapporto tra il feto e la madre che lo porta in grembo, rapporto fondamentale per un armonioso sviluppo dello stesso feto e, poi, del nuovo individuo venuto al mondo³⁰. Non sarebbe, dunque, giustificata, nell'indicata ottica

²⁹ Trib. Roma, ordinanza cit.

³⁰ In caso di conflitto, nel dilemma è la madre uterina che prevale su quella genetica «in quanto è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano». La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente

del preminente interesse del minore, una decisione che disponesse la separazione coercitiva del neonato dalla madre che lo ha partorito e che, in tal modo, andasse a interrompere forzatamente quel fondamentale rapporto già in atto³¹.

Pertanto, come affermato nell'ordinanza, le norme vigenti, che individuano nella gestazione e nel parto l'evento fondante la maternità, e che hanno trovato consapevole conferma anche in occasione della recente riforma del 2013, appaiono del tutto conformi all'interesse del minore a conservare quel particolare rapporto instaurato con la madre gestante già in epoca prenatale. Dette norme, inoltre, proprio in ragione di tale conformità, evidenziano la manifesta infondatezza, nel caso concreto, delle questioni di legittimità costituzionale sollevate a fondamento della domanda cautelare.

A tale proposito, può essere utile ricordare che in altri ordinamenti nei quali è prevista, seppur entro determinati limiti espressamente indicati dalla legge, la possibilità di ricorrere alla maternità surrogata³², è stata, in ogni caso, assicurata la facoltà per la gestante ad essere, comunque, riconosciuta quale madre del bambino che ha partorito, prevedendosi che ella, dopo la nascita, abbia un termine per decidere liberamente se tenere il figlio, ovvero consegnarlo ai genitori intenzionali.

Le indicazioni provenienti dai Paesi che prima di noi si sono trovati ad affrontare le questioni poste dalla diffusione di tale peculiare forma di procreazione assistita confermano ulteriormente la necessità che, nell'individuazione e nel riconoscimento del rapporto di filiazione sul lato materno, la gestazione e il parto prevalgano sulla verità genetica, in ragione delle specifiche peculiarità del rapporto simbiotico che durante la gestazione si instaura tra il feto e la madre, la quale con il proprio corpo accoglie l'embrione, lo nutre e gli consente di venire al mondo. Con la conseguenza che, in caso di rifiuto della gestante di consegnare il bambino alla madre intenzionale, pur nell'ipotesi in cui questa abbia partecipato con i propri gameti alla creazione dell'embrione, in tal modo trasmettendo a quest'ultimo il proprio patrimonio genetico, nessun legittimo strumento giuridico potrebbe essere utilizzato per costringere la gestante a rinunciare al figlio al quale, attraverso il parto, ha dato la vita. Molto più problematico si rivela, invece, il giusto temperamento degli interessi in gioco sul versante della paternità, meritando ulteriore approfondimento il quesito se risponda meglio all'interesse dei minori la prevalenza del padre sociale su quello genetico, come ritenuto dal Tribunale di Roma.

interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto», C.M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia e le successioni*, Milano, 1989, 294.

Anche il Comitato nazionale di bioetica, nell'esprimere un giudizio negativo in ordine alla liceità del ricorso alla pratica della maternità surrogata, fonda detto giudizio proprio sulla considerazione del peculiare legame che si crea tra feto e gestante durante la gestazione (v. parere del 17 giugno 1994).

³¹ Anche in Francia, dove la questione è stata lungamente dibattuta in previsione della revisione delle leggi sulla bioetica, le indicazioni raccolte in funzione della preparazione del dibattito parlamentare sull'opportunità di sopprimere il divieto di procreazione eterologa attuata nelle forme della maternità surrogata, sono state univoche nel senso di escludere la previsione di qualsiasi forma di coercizione sulla gestante, sia in relazione alle decisioni riguardanti la gravidanza, che in relazione alla consegna o meno del bambino ai genitori intenzionali.

³² In Inghilterra il ricorso alla maternità surrogata è stato ritenuto lecito per la prima volta con la legge del 1° novembre 1990, che l'ha disciplinata in senso fortemente restrittivo; detta liceità è stata poi confermata con le riforme del 2008 e del 2010 (Human Fertilisation and Embryology Act 2010) che ne hanno esteso i confini e che, da ultimo, hanno riconosciuto anche alle coppie dello stesso sesso la possibilità di ricorrere a questa modalità di procreazione assistita.

Il rapporto di filiazione, visto con riferimento al versante della paternità, sembra presentare, infatti, aspetti che lo differenziano in maniera sostanziale dalle peculiarità caratterizzanti il rapporto tra madre e figlio, e che rendono, pertanto, necessaria una trattazione distinta.

Da questo punto di vista, non sembra del tutto condivisibile l'iter logico che ha portato il giudice romano ad escludere che il padre genetico sia titolare di un interesse parzialmente diverso da quello della madre genetica³³, ma, soprattutto, ed è l'aspetto che più conta, che lo ha spinto a ritenere che l'interesse primario dei figli fosse il medesimo in relazione ai due versanti della genitorialità, quello materno e quello paterno.

A ben vedere, invece, in relazione al rapporto di filiazione dal lato paterno, un interesse distinto sembra essere individuabile sia in capo al padre genetico, sia in capo ai figli, poiché non è ancora riscontrabile nei confronti del padre sociale l'esistenza di quei consolidati legami che, invece, risultano già in atto tra il feto e la madre biologica, e sulla cui esistenza trova fondamento la prevalenza di quest'ultima sulla madre genetica.

In particolare, l'interesse dei minori, dal cui punto di vista il fenomeno deve essere analizzato, sembra assumere sul versante paterno connotati specifici, dato che solo in epoca successiva alla nascita il padre (quello genetico così come, allo stesso modo, quello sociale) potrà incominciare a costruire un significativo rapporto con il figlio.

Solo dopo la nascita, infatti, incominceranno a prendere corpo tra padre e figlio quelle relazioni di accudimento, fiducia e affetto che, consolidandosi nel tempo, intesseranno il rapporto di filiazione anche a prescindere dall'esistenza di un legame di sangue: esse ben potranno costituire, una volta effettivamente instaurate (e oggettivamente riscontrate), la ragione per la quale, in caso di conflitto, dovrà prevalere, per la tutela degli interessi del minore, il *favor filiationis* sul *favor veritatis*.

L'attuale mancanza in capo al padre sociale di un tale rapporto con i figli, ancora tutto da costruire, rende quindi problematica, sulla base dei principi costituzionali e sovranazionali, la giustificazione della prevalenza di quest'ultimo sul padre genetico, nonostante detta prevalenza appaia, a una prima lettura, conforme al diritto positivo, il quale, come già detto, stabilisce una presunzione di paternità in favore del marito della madre che ha messo al mondo i figli.

In particolare, affiora il dubbio che la soluzione individuata dal giudice romano, il quale anche sul versante della paternità ha ritenuto la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal padre genetico, sia la più appagante, proprio in considerazione del preminente interesse dei minori.

Occorre, infatti, ribadire come, dal punto di vista della sussistenza o meno di legami significativi con i minori, il genitore sociale si trovi, in definitiva, in una situazione non dissimile da quella in cui versa il padre genetico, non essendo riscontrabile, al momento della nascita, in relazione a nessuno dei due quel rapporto che talvolta giustifica la prevalenza della finzione giuridica sulla verità biologica.

³³ Si legge testualmente nell'ordinanza in commento: «non si ritiene che nella fattispecie in esame, effettivamente diversa da quelle esaminate dalla Corte, il padre genetico abbia un interesse giuridicamente rilevante da far valere, distinto da quello della madre genetica, per cui le questioni devono essere congiuntamente esaminate, tenendo conto della peculiarità del caso concreto, avendo sempre come riferimento l'interesse del minore, criterio guida ai fini del bilanciamento degli interessi in conflitto».

Tanto premesso, ci si deve chiedere, allora, se possa essere individuato un interesse del minore (distinto da quello alla conservazione di significativi rapporti già in atto, i quali, come detto, al momento della nascita non sono ancora riscontrabili sul lato paterno) tale da dare fondamento alla prevalenza, nel conflitto con il padre genetico, di colui che automaticamente assume detta qualità in virtù di una presunzione legislativamente prevista (unicamente) per i figli nati in costanza di matrimonio.

Solo in tal caso, infatti, al fine di assicurare la tutela di quell'interesse, potrebbe trovare giustificazione, alla luce dei valori fondamentali, la prevalenza della finzione giuridica, e, quindi, il riconoscimento del rapporto di filiazione con il padre sociale, così come indicato dalla norma positiva.

Analizzando i principi affermati nelle più recenti pronunce, sia della Corte costituzionale che della Corte europea per i diritti dell'uomo, ci si accorge che, nelle vicende riguardanti la procreazione, non sempre il *favor veritatis* è stato ricostruito in termini conflittuali con il preminente interesse del minore, ma, al contrario, spesso è stato indicato quale essenziale componente di quell'interesse³⁴.

È vero che il legislatore, nel riconoscimento delle relazioni familiari, pone a volte in secondo piano la verità genetica, quando questa appaia di ostacolo per la migliore tutela dell'interesse del minore (prevalente su tutti gli altri interessi in conflitto), ma nella vicenda in esame un tale conflitto non sembra proprio individuabile.

Alla luce dei valori fondamentali della persona, così come ricostruiti dai supremi giudici, non sembra, infatti, che vi siano ragioni sufficienti per giustificare la prevalenza del padre sociale, sussistendo, al contrario, la necessità di assicurare adeguata protezione al diritto dei figli alla verità biologica e alla costruzione del rapporto di filiazione in sintonia con detta verità, alla quale, inoltre, è auspicabile che sin dall'origine loro abbiano accesso.

Sul punto è utile richiamare quanto indicato dal Comitato nazionale di bioetica, il quale, nel parere reso l'11 luglio 2014, ha espressamente sottolineato la necessità, in considerazione delle peculiarità della vicenda, di tutelare con maggiore intensità «il diritto del nato a conoscere la verità del proprio concepimento e della propria ascendenza biologica nei suoi aspetti generali», ed ha altresì chiarito

³⁴ In relazione a tale specifico aspetto del preminente interesse dei figli, la Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire che spetta al legislatore «di operare, anche in ragione dell'evolversi della coscienza collettiva, il necessario bilanciamento del rapporto tra tutela dell'appartenenza familiare e tutela della identità individuale; *bilanciamento che, peraltro, si è mosso (nella presente realtà sociale) piuttosto nella direzione (opposta rispetto a quella auspicata dal rimettente) della tendenziale corrispondenza tra certezza formale e verità naturale*; che, d'altronde, questa Corte ritiene che la crescente considerazione del *favor veritatis* (la cui ricerca risulta agevolata dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini: sentenze n. 50 e n. 266 del 2006) non si ponga in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico (sentenze n. 322 del 2011, nn. 216 e 112 del 1997)».

Dal canto suo, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la pronuncia del 25 settembre 2012 (*causa Godelli c. Italia*), nel decidere in relazione al possibile contrasto tra la disciplina sull'anonimato della partorientente con l'art. 8 della Convenzione, che garantisce fondamento al diritto del figlio a conoscere le proprie origini, ha chiarito e ribadito che il diritto all'identità, da cui deriva il diritto di conoscere la propria ascendenza, costituisce parte integrante del diritto al rispetto della vita privata.

come debba essere evidenziato il corrispondente dovere dei genitori con cui i nati vivranno di «rivelare ai figli la verità sulle modalità del loro concepimento»³⁵.

Va osservato, inoltre, che la percezione del rapporto con il padre in termini veritieri potrebbe anche aiutare i figli a vivere in termini meno traumatici una così peculiare vicissitudine procreativa.

Considerate le specificità del caso, non sembra allora che soddisfi meglio il preminente interesse dei minori, in tutte le sfumature appena indicate, la soluzione ritraibile dalla mera applicazione delle disposizioni vigenti, che fanno necessariamente conseguire al riconoscimento del rapporto di filiazione in capo alla madre biologica anche la prevalenza del padre sociale sul padre genetico.

Infatti, dovrebbe forse essere ulteriormente scandagliata, in questo caso, la compatibilità di una tale automatica conseguenza, derivante dalla presunzione di paternità prevista dalla legge, con i valori fondamentali della persona, così come ricostruiti dai supremi giudici sia nell'ordinamento interno che in quello sovranazionale.

Più specificamente, potrebbe apparire di dubbia costituzionalità – e altresì in conflitto con i principi affermati dalla Corte europea per i diritti dell'uomo – l'automatismo derivante dalla presunzione di paternità prevista per legge per i figli nati in costanza di matrimonio, anche quando già emerga, come nel caso trattato, in maniera certa la verità genetica del rapporto di filiazione, tale da sconfiggere irrimediabilmente sul nascere quella presunzione.

Pur non essendo la verità genetica un valore assoluto, sembra a chi scrive che, in sintonia con i principi costituzionali e sovranazionali, quando il preminente interesse del minore non appaia in conflitto con quella verità, quest'ultima debba prevalere, essendo anch'essa strumentale alla realizzazione di fondamentali diritti della personalità, in primo luogo dei figli.

Potrebbe allora ritenersi plausibile che, nel conflitto tra padre genetico e padre sociale, non essendo ancora in atto, al momento della nascita, rapporti significativi tra quest'ultimo e i neonati, possa prevalere il padre genetico, risultando tale scelta in sintonia con il fondamentale diritto dei figli a conoscere la verità sulle proprie origini e, in particolar modo, a percepire in termini veritieri il rapporto giuridico di filiazione.

Tale possibile opzione pare anche in linea con le raccomandazioni espresse dal Comitato nazionale di bioetica nel parere del luglio scorso, laddove è stata raccomandata l'individuazione di «due figure genitoriali certe di riferimento, con piena titolarità di responsabilità giuridiche e in condizione di esercitare il diritto di scegliere con consapevolezza e autorevolezza ciò che ritengono essere il meglio per i propri figli», ma nessun riferimento è stato fatto circa la necessità che dette figure intrattengano tra loro rapporti affettivi di coppia.

Da tale consapevole omissione trae ulteriore fondamento la tesi che l'interesse dei minori a essere allevati, accuditi ed educati da due figure genitoriali legate tra loro da uno stabile rapporto di coppia, pur ragguardevole, possa recedere, in casi particolari, rispetto all'interesse sovraordinato a conosce-

³⁵ La necessità per un equilibrato sviluppo psicologico del minore che non gli venga taciuta la verità sulle proprie origini emerge da svariati studi scientifici e dalle indagini condotte di recente in quei Paesi in cui da tempo è possibile la fecondazione eterologa, da cui emerge l'esigenza psicologica di molti ragazzi nati in seguito a tecniche procreative eterologhe non solo di conoscere la verità ma anche di conoscere i genitori genetici, tanto che ampio è il dibattito, tra gli specialisti e nella stessa società civile, sull'opportunità o meno di una revisione delle disposizioni che garantiscono l'anonimato dei donatori di gameti.

re le proprie origini e, soprattutto, a intrattenere con il padre un rapporto di filiazione fondato su basi veritiere e non su una presunzione giuridica sconfessata *ab origine*.

Tanto più nel mutato contestato sociale, che sperimenta da tempo la possibilità che la coppia matrimoniale (o *more uxorio*) si sciogla, e nel conseguente mutato contesto normativo, che per tale evenienza³⁶ prevede una collaudata disciplina finalizzata ad assicurare che i figli, nonostante lo scioglimento del legame di coppia, possano ancora contare sulla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori che li hanno messi al mondo³⁷.

La soluzione appena indicata sembra assicurare, inoltre, intima coerenza al sistema, dato che indicherebbe una stessa disciplina per situazioni sostanzialmente sovrapponibili.

Va osservato, a tale proposito, che, se la donna che ha portato avanti la gestazione non fosse stata legata al proprio *partner* dal vincolo matrimoniale, nessuno avrebbe dubitato che padre dei gemelli nati in seguito allo scambio di embrioni sarebbe stato il padre genetico, il quale, in caso di conflitto, avrebbe potuto agevolmente dimostrare in giudizio il legame biologico esistente.

Nell'individuazione della disciplina applicabile al singolare processo procreativo conseguente all'involontario scambio di embrioni, sembra allora priva di autentica giustificazione una così diversa individuazione del giusto bilanciamento degli interessi coinvolti, tutti riconducibili a valori costituzionalmente protetti.

Sembra, infatti, che il pur rilevante interesse dei figli a essere accuditi da genitori che siano anche legati tra loro da uno stabile rapporto di coppia non possa, come già detto, ritenersi sempre e comunque prevalente, ma possa ricevere tutela solo sino a quando non si riveli in conflitto, come accade in questo caso, con il superiore interesse dei figli a conoscere la verità sulle proprie origini e a ricostruire su fondamenta veritiere (e non su presunzioni legali) il rapporto giuridico di filiazione sul versante paterno.

³⁶ Tendenza che, come è noto, è sempre più marcata anche nel nostro contesto sociale, che sta registrando, anche da questo punto di vista, un allineamento rispetto agli altri Paesi di cultura occidentale.

³⁷ Sul punto, come è noto, a seguito della riforma introdotta con la legge 8 febbraio 2006, n. 54 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli) e successive modificazioni, la disciplina dell'esercizio della potestà genitoriale è stata pensata nell'ottica della condivisione della responsabilità genitoriale anche dopo lo scioglimento della coppia. L'art. 155 c.c. prevede infatti: «Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole. La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente».

In vicende talmente singolari potrebbe allora ipotizzarsi che l'interesse dei minori possa essere meglio perseguito riconoscendo come madre quella biologica, che li ha tenuti nel grembo e li ha messi al mondo, e come padre quello genetico.

Tale risultato potrebbe essere ricercato attraverso un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata delle disposizioni vigenti, ovvero, qualora fosse ritenuta l'impraticabilità di una interpretazione di tal fatta, sollevando la questione di legittimità costituzionale di quelle disposizioni che, se letteralmente applicate, porterebbero a un risultato diverso, pregiudizievole per la salvaguardia dei prevalenti interessi dei figli.

In attesa di una definitiva decisione sul punto³⁸, al fine di preservare il più possibile l'efficacia dei provvedimenti eventualmente da adottarsi nel giudizio di merito, sarebbe auspicabile la previsione, già in sede cautelare, di misure idonee a evitare che il passare del tempo possa irrimediabilmente pregiudicare il rapporto tra i figli e coloro ai quali, all'esito delle varie fasi di giudizio, sia definitivamente riconosciuta la titolarità della responsabilità genitoriale, o anche il solo diritto di intrattenere, comunque, un rapporto significativo con i minori.

Provvedimenti che sarebbero oltremodo utili in funzione di una effettiva salvaguardia dei diritti coinvolti, tutti costituzionalmente rilevanti.

Infatti, a prescindere da quale tra le figure genitoriali coinvolte riuscirà a prevalere sulle altre, i figli, che hanno diritto alla verità, potranno vivere certamente meglio il percorso che li condurrà a capire le proprie origini solo se potranno contare anche sul sostegno di coloro che, pur non riconosciuti dalla legge quali titolari del rapporto di filiazione e della relativa responsabilità, hanno comunque svolto un ruolo fondamentale nel processo che li ha condotti alla vita, e con i quali avranno potuto instaurare sin dall'inizio della loro esistenza un rapporto di conoscenza, fiducia e affetto.

In tale ottica è importante osservare che tra coloro che hanno contribuito in maniera determinante al processo procreativo è sicuramente ricompreso non solo chi abbia con quei figli un "legame di sangue" (genitori genetici e madre biologica), ma anche il padre sociale, che a tale processo ha consapevolmente partecipato con un preciso e fondamentale atto di volontà, così svolgendo in pieno quel ruolo di sostegno della madre gestante che ha consentito a quest'ultima di orientare le sue scelte verso quell'opzione che ha permesso all'embrione, proveniente dagli altri genitori, di svilupparsi e di evolvere in una vita autonoma.

Assicurare, sin da questa prima fase cautelare, un diritto di frequentazione e di visita in favore della coppia alla quale non è stato riconosciuto il rapporto di filiazione sarebbe funzionale, quindi, non solo a impedire un pregiudizio irreparabile per i genitori pretermessi (nel caso in cui all'esito del proponendo giudizio di merito dovessero invece risultare vittoriosi), ma anche e soprattutto a realizzare la piena ed effettiva tutela del diritto dei minori a intrattenere rapporti significativi con tutti coloro che, pur non riconosciuti genitori dalla legge, hanno partecipato a quel processo che ha consentito loro di venire al mondo.

Provvedimenti che appaiono oltremodo opportuni in considerazione del peculiare pregiudizio che in relazione alle suddette esigenze deriva, in questo specifico caso, dal decorso del tempo.

³⁸ Non va dimenticato che l'ordinanza in questione è stata emessa all'esito di un giudizio cautelare ed è, pertanto, prevedibile che saranno esperite tutte le azioni giudiziarie consentite dall'ordinamento interno e sovranazionale.

Per concludere, non può non sottolinearsi l'assoluta necessità che il legislatore, nel pieno esercizio delle proprie prerogative, intervenga con chiare disposizioni normative, idonee a colmare le lacune dell'ordinamento e tali da assicurare la soluzione più adeguata, nel mutato contesto sociale, alla salvaguardia dell'interesse dei minori, interesse che in quanto costituzionalmente protetto costituisce un limite invalicabile anche per il legittimo esercizio del potere normativo.